



浅议公序良俗原则在民事审判中的运用

段馨如

(厦门大学法学院 福建 厦门 361005)

摘 要 随着我国法制建设的进步,案件的审判走进了百姓的视野。其中在司法审判中引入公序良俗作为判决的根据,令人关注。本文从适用公序良俗原则的合理性和必要性两方面入手,肯定公序良俗原则在民事审判中的自身价值,指出了在适用过程中不能忽视的问题。

关键词 公序良俗原则;民事审判;合理性;必要性

中图分类号 D923 D925.1 **文献标识码** A **doi**:10.3969/j.issn.1672-3309(x).2012.03.57 **文章编号** :1672-3309(2012)03-127-03

虽然被称为“公序良俗第一案”的泸州纳溪遗产纠纷案,以法院判决黄某的遗赠违反公序良俗原则被确认无效已落下帷幕,但案件的影响却远未停止,尤其是部分学者所质疑的“公序良俗原则在审判中的适用是否恰当”这一问题,一直被我国法律学家竞相讨论。本文也是受到该案的启发,针对这一问题提出了笔者自己的看法。首先,公序良俗这一概念,是“公共秩序”和“善良风俗”的合称,对于公共秩序和善良风俗,国内外学者始终难以形成较为一致的界定,我国通说认为“公共秩序”指国家社会存在发展的一般秩序;“善良风俗”则是指社会占主导的、一般大众的道德观念。可以看出这样的概念界定过于模糊,但本文旨在探讨的是公序良俗原则在实践中的适用。

一、适用公序良俗原则的合理性分析

(一)公序良俗原则的适用符合传统法律精神,体现了道德与法律的互动

纵观我国的法律发展史,可以看出伦理道德一直占据着重要地位。在我国古代社会没有明确法律规范的情况下,伦理道德一直是法官断案的依据,这种长期形成的法律传统思想在现代社会仍然存在。尽管如今我们已经有了立法机关明确制定的成文法,但不能否认的是这些法律条文也都体现了一定的道德伦理要求。也正是因为这样,法律的实施才能为大众所接受。所以在民事审判中恰当的适用公序良俗原则,符合我们的传统法律精神。另外在社会规范体系中,法律和道德作为两种不同属性的行为规范,在调整社会关系方面尽管手段不同,但是其功能确是相互补充的。道德主要表现为通过行为评价对人们的行为进行规范和诱导,所以有其自身的局限性,它对严重危害他人或社会利益的行为只能谴责不能制裁;而法律则以明文规定的方式对社会主体的行为进行引导,以国家强制力为保障。^[1]所以只有道德与法律密切配合,才能真正达到社会的安定。而且众所周知,法律应包含最低限度的伦理道德,虽然我们肯定在司法实践中要区分道德与法律的界限,避免以情代法,但是法律却不能违背基本的伦理道德精神,从这个角度来看,在法律未做规定或规定不清楚的情况下引入公序良俗原则作为民事审判的

依据是合情合理的选择。

(二)公序良俗原则的适用体现契约自由,符合法律公正的价值追求

民法调整的是私权利之间的关系,因此契约自由、权利自治是民法的核心精神。在这样的背景下,个人对私权利的处分往往不受限制,从而导致在“力量”不均等的情况下,弱势群体的利益得不到及时有效的保护,这也就是权利自治无限制的后果。而公序良俗原则的适用使得权利自治受到了一定程度的阻隔,这是否说明其违背了民法的根本精神呢?答案是否定的,相反公序良俗原则的运用体现了法律正义,从根本上维护了契约自由。具体来讲,一般传统的理论认为,“契约法所追求的只是形式的公平和程序的正义”,公序良俗原则将民法之外的规范以及社会的基本伦理道德观念引入民法,^[2]把契约自由、权利自治限制在社会的公共利益和一般的道德概念框架下,更能够切实的保障个案的实体正义,从而形成了契约自由的最外边界,应该说这种限制是理性的、正当的。另外,我们必须明确的是这里所说的契约自由不是手段,而是我们要达到的最终目标。没有限制的自由是不可能存在的,正如英国哲学家柏林指出“自由如果没有限制,就会出现所有人都可以无限制的干预别人,这种自然的自由或者导致社会混乱,使人们最低限度的要求都无法得到满足,或者导致弱者的自由被强者压制或剥夺”。所以公序良俗原则在民事审判中的恰当适用维护了国家和社会认可的最宽外延下的契约自由,也只有在这种平衡状态下,各种权利冲突才能够得到有效地解决。

二、适用公序良俗原则的必要性分析

(一)公序良俗原则的适用弥补了法律规范在立法上的漏洞

由于立法者的认识能力有限,不可能预见将来发生的一切问题,所以法律规范存在着固有的不完备性和滞后性,其调整的范围不可能涉及到社会的方方面面,而且社会制度的变化和经济的发展常使得人们对某一事物的认识发生质的转变,这种情况下,法律因为要保有一定程度的稳定性而不再适用的情形时有发生,因此要想制定



一部无所不包的法典是不现实的。换言之,法律与现实的错位是必然的。那么在这种情况下,如何发挥法律规范的作用实现正义的目标就成了亟待解决的问题。由于法律规范所包含的评价标准与大多公民一般的伦理道德观念是基本一致的,所以从这个角度说,公序良俗原则的适用具有填补法律漏洞的作用。由于法律规范大都起源于伦理道德,没有伦理道德基础的法律是无法获得人们的遵守和尊重的,正所谓“恶法非法”,^[3]所以在法律规范没有规定或规定模糊不清的情况下适用公序良俗原则可以保障基本的判决公正,使得民事审判不至于由于立法上的缺陷而致实体正义于不顾。

(二)公序良俗原则的适用限制了自由裁量权的无限扩张

由于社会关系的复杂性和法律规则本身的局限性,法官自由裁量权的存在是保证法律有效实施的必要条件之一。在这里我们首先承认自由裁量权是公序良俗原则适用的司法要求,但这一论断并不全面,应该说公序良俗原则与自由裁量权的关系具有两面性,即它的适用不仅是法官自由裁量权的需要,同时还对自由裁量权进行了有效的规制。现阶段由于我国缺乏对自由裁量权的必要限制,使得这项权利的实施并没有取得其设置时预期达到的目标,相反一些法官以自由裁量权为借口,造成了枉法裁判的司法腐败。鉴于公序良俗原则的基本价值为社会大众所认可,所以若是在审判中明确公序良俗原则的适用则会为法官运用自由裁量权提供一个较为具体的方向,当然在这里我们并不是说这种做法能够根本的解决上述困境,但是至少在具体的法律规范没有规定或规定不明时,按照公序良俗原则进行审判的做法在一定程度上限制了法官自由裁量权的无限扩张,使之成为法官自由裁量权的行为边界。正如孟德斯鸠说“任何有权利的人使用权利都要到边界时才停止,没有边界的权力便是一种无休止的任意性的权力,必然弊害无穷。”^[4]

以上两点分别从立法和司法两方面分析了公序良俗原则适用的必要性,另外除了法律的层面,我们还不能忽视公序良俗原则的适用会产生积极的社会效果:因为公序良俗承载着社会的基本价值,所以在民事审判中恰当的适用既能够有利于维持正常的社会秩序,也有利于构建和谐社会。这也说明了,在一个真正的法治社会,法治所体现的价值应该与社会的主流伦理道德规范表现出某种程度的同一性。^[5]

三、适用公序良俗原则不能忽视的问题

经过上文的分析可以看出,公序良俗原则在民事审判中的适用的确有其合理性和必要性,而且司法实践中的审判效果也表明了该原则的适用有其可行性。既然如此,为什么对公序良俗原则的适用仍然质疑声不断?经过思考分析,笔者认为其根本的原因在于目前法官对于适用该原则过于轻率,没能把握住适用公序良俗原则的条件,从而导致公序良俗原则的滥用风险。因此需要再一次强调的是:本文中肯定的是在民事审判中合理恰当的适用公序良俗原则,从而使审判真正的发挥保障权益,维护

公平的作用。那么,如何合理恰当的适用就成为我们关注的焦点问题。

(一)谨慎使用,防止借公序良俗原则规避具体法律规则

在民事审判中适用公序良俗原则要遵守一定的规则,其适用的前提就是穷尽法律规则,在有明确法律规则的情况下应该适用法律规则而不得适用公序良俗原则。首先,公序良俗作为一项法律原则有着高度的抽象性,而法律规则则是一定法律原则的具体化,法官若是在存在法律规则的情况下适用公序良俗原则则会损害法律的安定性和权威性;其次,每一项具体的法律规则背后都暗含有一定具体的价值基础和利益诉求,而公序良俗原则虽然体现着主流的价值取向,但是这种评判标准是概括性的,在很多时候并没有优先于具体法律规则的优势。^[6]所以法官在审判中要谨慎适用公序良俗原则,避免以其为手段规避具体法律规则的现象发生。当然这里的适用并不是说直接作为审判案件的依据,而是要经过适当的说理分析,使抽象原则变得相对具体后,才能正确的适用案件的审判,否则,公序良俗原则就会偏离法律的约束,从而使法庭审判变成一场纯粹的道德讲堂。

(二)充分论证,避免公序良俗原则的适用遭受质疑

在上述法律规则缺位时适用公序良俗原则的做法能够被大家所认同,但当法律体系中存在明确具体的法律规则,但其与公序良俗原则在具体案件的适用中发生冲突,如何解决?笔者认为林来梵和张卓明学者在《论法律原则的司法适用》一文中对该问题的看法很有启发性。他们认为,首先应该承认基于法的安定性要求,在一般情况下应适用规则。而在例外情形下,也可以适用法律原则,只是这种适用需要具备较为严格的条件,即须承担例外情形下的论证义务。也就是说对具体案件所体现的价值判断做出充分的说明论证,以证明法律原则的运用在具体案件中可以突破明确的法律规则。^[7]将这种理论应用到本文的主题,简单的说,当某一明确的法律规则与公序良俗原则在具体案件的审判中发生冲突时,法官如果认为适用公序良俗原则更能保证实现公正,那么则需要进行充分的说明论证。这一过程的意义在于:一方面,说明论证的过程使得判决具有合理性和正当性,因此对于案件当事人以及普通群众来说具有权威性;另一方面,法官对适用公序良俗原则说明论证的过程也是确认其内心确信的过程,因此可以说,充分的说明论证义务对于适用公序良俗原则不仅不是可有可无,相反它犹如工厂流水线上的一环不可缺少,而且尤为重要。

(三)合理判断,力求公序良俗原则的适用恰当准确

我们说公序良俗原则是一个相对模糊的价值概念,对其适用常伴随着法官的非理性因素,所以法官在民事审判中适用公序良俗原则要有一个基本的判断标准,这样才能防止滥用的可能性。那么首先要解决的就是公序良俗应以谁的标准来定,应该说作为审判依据的公序良俗原则应具有大众普遍性,能够符合社会绝大多数成员的心理预期并被广泛的认可,这样才能避免案件的判决



不被法官个人价值所左右。其次,要注意时间和空间对公序良俗原则的限定性,具体来说,虽然存在着一些基本的伦理道德观,但是由于我国幅员辽阔,民族众多,不同的地域以及不同的民族仍存在着一些特有的道德价值观,所以在以公序良俗原则作为判断行为的法律效力时,应考虑所在地的具体情况,避免使公序良俗原则的适用流于形式化。而从时间的角度上看,我们都知道公序良俗并不是一成不变的,社会主流的道德价值观往往随着社会的不断进步而变迁,所以适用公序良俗原则应当具有现实性^[8]。只有这样才能保证对案件的判决被大众所接受,从而实现个案的正义。

现在,再让我们回到本文提到的“公序良俗第一案”,来看看究竟是什么因素使得公序良俗原则在该案中的适用受到部分法律学者的质疑。根据前文的分析,我们可以看到并不是法院适用公序良俗原则本身这一行为受到批评,问题的实质在于:一审和二审法院只是笼统的称黄某的遗赠违反了公序良俗原则,而并没有对其中的价值判断做出详细的分析论证,而且二审法院把原则在效力上高于规则当成无需证明的推理前提,使得公序良俗原则在该案中的适用理由明显不足,一言以蔽之,法官并没有论证公序良俗原则在该案中是如何突破《婚姻法》有关遗赠的法律规则而得以适用的。正是这些没有经过审慎的衡量和充分的论证就得出判决结果的做法损害了法律权

威,成为法律学者的诟病。所以,虽然公序良俗原则因其能够弥补现行法上的不足和能为立法和司法提供原则性指导而受到越来越多的重视,但是我们也要清醒地认识到由于公序良俗原则本身固有的模糊性,也使得对这一原则的适用存在着一定的风险,因此只有合理恰当的适用公序良俗原则,才能使得这把“双刃剑”真正发挥积极作用。

参考文献:

- [1] 赵万一.公序良俗问题的民法解读[M].北京:法律出版社,2007:142.
- [2] 罗满景、王晶晶.对民法上公序良俗原则的几点思考[J].法制与社会,2007,(01).
- [3] 赵万一.公序良俗问题的民法解读[M].北京:法律出版社,2007:144.
- [4] 汪菊.我国民事诉讼中的法官自由裁量权的限制[J].经济与法,2010,(09).
- [5] 赵万一.公序良俗问题的民法解读[M].北京:法律出版社,2007,(09).
- [6] 肖和保、刘锦海.论公序良俗原则滥用的限制[J].法学杂志,2009,(09).
- [7] 林来梵、张卓明.论法律原则的司法适用[J].中国法学,2006,(02).
- [8] 李霞.公序良俗原则及其适用的法哲学阐释[J].山东社会科学,2008,(05).

(上接 104 页)有效性,良好的制度设计有利于激发利益相关者在保障房建设过程中的积极性。因此保障房建设的重点是政府建立一个有效的协调机制。从保障房建设的流程看,融资体系有效性、建设和分配上的公平性、效率性和微利性是保障房建设的协调机制建设的重要前提条件。

第一,从“经济型政府”向“服务型政府”理念的转变。我国地方政府的工作重点正在逐步转移到民生问题,住房保障作为人民群众最关注的民生问题之一,迫切需要政府健全机构设置,强化实施步骤。在保障房建设的过程中,向“服务型政府”的转变意味着政府需要建立一个有效的协调机制,通过制度设计科学调整利益相关者的行为模式,改善保障房建设过程的制度环境。

第二,合理界定低收入群体的规模及变动性。中低收入群体是保障房建设制度的受惠者,按照政策规定,保障性住房只能出租或出售给中低收入家庭。但在现实中这一规定失去了原本的意义,甚至出现了定向分配导致的变相福利分房。其根本原因在于形同虚设的审查制度。缺乏公开透明的程序和科学轮候制度,根据社会发展状况合理界定保障群体的范围,是保证保障房建设的数量以及保障房分配公平性的主要内容。政府应加快建立健全审查准入制度,制度设计的明细程度将会提高非低收入群体的机会成本,切实体现对低收入群体的保障效果。建立保障性住房的退出制度也同样重要,这一制度将是扩大保障性住房来源、加大受益群体的重要途径。

第三,为保障房建设搭建有效的融资平台。目前保障房资金主要来源于中央财政拨款、各地政府土地出让金划拨以及住房公积金三个部分。但是仍然不能解决近期保障房大规模建设的需要。因此,建立长期稳定的财政资金投入机制,实施公积金贷款、保险资金投资、商业银行贷款、社保基金参与等多种方式创新保障性住房融资格局,建立信托基金引导和推进民间资本的投入。

第四,强化房地产开发商参与保障房建设的利益驱动,引导企业履行社会责任。作为保障房的建设者,房地产开发商在建设过程中虽然直接利益不足,但是却可以获得长远的间接利益,如通过一二级联动获得土地开发权、在配套项目中实现低成本拿地、在保障房地块中配置商品房获得盈利空间、通过参与保障房建设的融资优惠以及优先行政审批权等,在履行企业社会责任的过程中提升企业市场占有率和社会影响力。

参考文献:

- [1] 何伟.国内外保障性住房比较[J].天津职业院校联合学报,2010,12,(04):131-133.
- [2] 任鸿.保障性住房建设的国际经验借鉴[J].地方财政研究,2010,(06):75-80.
- [3] 董宁.保障性住房融资模式探讨[J].改革与开放,2010,(23):38-41.
- [4] 陈新平.试论住房公积金制度的效率安排[J].中国房地信息,2003,(09):85-88.